

# Wider die Freiheit

---

Amélie Heldt

2020-12-18T12:39:54



[YANNIK HOFMANN](#)

Von

In einer [Regierungserklärung](#) im Bayrischen Landtag am 15. Dezember 2020 erklärte der Ministerpräsident Markus Söder: „Corona ist die Katastrophe unserer Zeit.“ Er appelliere deshalb an alle, im Kampf gegen Corona mitzuziehen. „Nicht in Klein-Klein Debatten jeden Tag über das Kleine zu diskutieren, was hier und da noch besser und gerechter wäre. Sondern das Große und Ganze, die Kernherausforderung zu sehen“. Der nachfolgende Beitrag soll aufzeigen, dass es bei der Abwägung von Verfassungsgütern im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie sinnvoll und richtig ist, das „Klein-Klein“ unserer Verfassung zu beachten.

## Kein genereller Vorrang des Gesundheitsschutzes vor Freiheitsrechten

Aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in [Art. 2 Abs. 2 GG](#) folgt, dass der Staat prinzipiell verpflichtet ist, einen möglichst weitgehenden Gesundheits- und Lebensschutz sicherzustellen (vgl. [BVerfGE 77, 170](#)). Dieses Grundrecht ist jedoch bei den im Rahmen der Verordnung von Maßnahmen notwendigen Abwägungsentscheidungen nicht apriorisch höherrangig als andere Verfassungsgüter einzuordnen (vgl. [Kingreen, VerfBlog](#)). Dem gegenüber steht unter anderem das Recht auf Selbstbestimmung als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet das Recht eines Menschen, über den durch [Art. 1 Abs. 1 GG](#) als unantastbar geschützten Bereich elementarer Selbstbestimmung hinaus, umfassend den gesamten persönlichen Lebensbereich in individueller Selbstbestimmung ohne staatliche Überprüfung oder Bewertung frei zu gestalten. So wird beispielsweise die Freiheit über die Einwilligung in die postmortale Organspende höher gewertet, als der Lebensschutz von Menschen, die auf ein Spenderorgan warten und in Ermangelung eines solchen hieran sterben. Zwar besteht aus ethischen Gründen eine prinzipielle Verpflichtung, bedürftigen

Menschen Hilfe zu leisten. Gleichwohl gibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen das Recht, grundsätzlich über alle – auch postmortale – Angelegenheiten selbst zu entscheiden (vgl. [Spilker, ZRP 2014, 112](#)). Diese – freilich nicht unumstrittene – Entscheidung verdeutlicht, dass das Interesse derjenigen, die in ihrem Selbstbestimmungsrecht betroffen sind, im Vergleich zu dem Interesse derjenigen, deren Leben und Gesundheit gefährdet ist, durchaus Vorrang genießen kann.

## **Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung nicht entbehrlich**

Zwar mag es im Einklang mit dem BVerfG (vgl. [Beschluss vom 07.04.2020 – 1 BvR 755/20](#)) für viele Menschen plausibel erscheinen, dass „gegenüber den Gefahren von Leib und Leben die Einschränkungen der persönlichen Freiheit weniger schwer wiegen“. Dennoch ist diese Argumentation keine *carte blanche* für die Exekutive, auch nicht bei zeitlich begrenzten Maßnahmen (vgl. [Hofmann, VerfBlog](#)). Dies gilt insbesondere für den schwerwiegenden Grundrechtseingriff der Ausgangsbeschränkung, wobei hier bereits unklar ist, was terminologisch mit diesem Begriff gemeint sein soll. Auch nach der Änderung des IfSG im November dieses Jahres findet sich hierzu keine Legaldefinition, was zu einer nicht unerheblichen Abgrenzungsproblematik führt. Für eine differenzierte Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes müssen die jeweiligen Eingriffe in unterschiedlich betroffene Grundrechtspositionen einzeln gewichtet und in ein Verhältnis zur Zielsetzung der Maßnahme gesetzt werden. Dies ist dann auch transparent zu machen, um eine gerichtliche Überprüfung der Maßnahmen zu gewährleisten. Das gilt umso mehr, als die Corona-Verordnungen bedingt durch ihre zeitliche Befristung nur im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes effektiv angefochten werden können. Die in diesen Verfahren vorgenommene summarische Prüfung kann mit einer transparenten Begründung des Ordnungsgebers wesentlich differenzierter erfolgen. Hieran sollten auch die Hoheitsträger aufgrund ihrer Bindung an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) ein Interesse haben.

## **Unscharfe Tatbestandsvoraussetzungen zur Anordnung von Ausgangsbeschränkungen**

Selbst wenn man den neu eingeführten [§ 28a IfSG](#) für eine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage zur Anordnung von Ausgangsbeschränkungen hielte (bezweifelnd: [Kießling, VerfBlog](#)), ist unklar, unter welchen Voraussetzungen derartige Maßnahmen durch den Ordnungsgeber angeordnet werden dürfen. An dieser Stelle werden die Schwächen der Norm deutlich, nach dessen Absatz 2 Nr. 2 Ausgangsbeschränken nur zulässig sind, *soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre*. Was bedeutet das? Sind „alle bisher getroffenen Maßnahmen“ alle des in Absatz 1 aufgeführten Katalogs der Nummern 1-17 – mit der Folge, dass Ausgangsbeschränkungen nur zulässig sind, wenn alle kumulativ getroffenen Maßnahmen nach den Nummern 1-17 eine wirksame Eindämmung der

Virusverbreitung erheblich gefährden? Was bedeutet „erhebliche Gefährdung“ in diesem Zusammenhang? Sind hierfür die erhobenen Inzidenzwerte von Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern maßgeblich? Oder die Rate der Todesfälle? Die Anzahl freier Intensivbetten in Deutschland? Alles zusammen?

## Kontrollproblematik aufgrund mangelnder Bestimmtheit

Sowohl der Gesetzestext als auch dessen Begründung (vgl. [BT.-Drs. 19/23944, S. 31](#)) schweigen hierzu. Das ist insoweit nicht verwunderlich, als dass der Abs. 2 erst nach der Anhörung im Bundestag eingeführt wurde, in der mehrere Verfassungsrechtler massive Kritik an der Gesetzesvorlage geübt hatten (zusammenfassend: [Suliak, LTO](#)). Eine Präzisierung des Begriffs der erheblichen Gefahr ergibt sich auch nicht aus Abs. 3, der als Maßstab für die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen die 7-Tage-Inzidenz pro 100.00 Einwohner festlegt. Hiernach sind bei einer Überschreitung des Schwellenwerts von 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern „umfassende Schutzmaßnahmen“ und bei einer Überschreitung des Schwellenwerts von 35 Neuinfektionen „breit angelegte Schutzmaßnahmen“ zu ergreifen. Abgesehen von der terminologischen Unschärfe hinsichtlich der Differenzierung zwischen „umfassenden“ und „breit angelegten“ Schutzmaßnahmen bleibt unklar, wann von einer erheblichen Gefährdung ausgegangen werden kann. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, eine Norm so bestimmt zu formulieren, dass das Handeln der Behörden nach Inhalt, Zweck und Ausmaß begrenzt wird und die Gerichte an diesem Maßstab das behördliche Vorgehen kontrollieren können. Mit Ausgangsbeschränkungen wird auf ein diffuses Infektionsgeschehen reagiert, das nicht mehr auf einzelne gefährliche Verhaltensweisen zurückgeführt werden kann. Der Ordnungsgeber adressiert folglich flächendeckend die Allgemeinheit, so dass es sich nicht mehr um Gefahrenabwehr im engeren Sinne, sondern um Risikoversorge handelt (vgl. [Kießling, VerfBlog](#)). Solche die Allgemeinheit adressierende Maßnahmen dürfen jedoch nur unter engen Voraussetzungen angeordnet werden.

## Aktuelle Lage

Die Problematik der fehlenden Bestimmtheit wird an folgendem Beispiel deutlich: Der Freistaat Bayern hatte in § 25 der Zehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung ([10. BayIfSMV](#)) vom 8. Dezember 2020 eine Ausgangsbeschränkung von 21 bis 5 Uhr für den Fall angeordnet, dass ein Landkreis oder eine kreisfreie Stadt eine Inzidenz von 200 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern überschreitet. Hiergegen wendete sich der in München lebende Antragsteller mit einem Eilantrag nach [§ 47 Abs. 6 VwGO](#) an den *Bayrischen Verwaltungsgerichtshof* (*BayVG*H, dazu sogleich). Am 13. Dezember 2020 beschlossen die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder unter anderem, dass weitgehende Ausgangsbeschränkungen spätestens erwogen werden sollen, wenn die Inzidenz von 200 Neuinfektion pro 100.000 Einwohnern pro Woche überschritten wird (vgl. [Beschluss unter Nr. 12](#)). Einen Tag später lehnte der *BayVG*H den Eilantrag ab und bezog sich in der Begründung hinsichtlich der „nicht zu beanstandeten Gefahrenprognose“ auf die „inzwischen“ von der

Bundeskanzlerin und den Regierenden der Länder beschlossenen Inzidenz von 200 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner (vgl. [BayVGH, Beschluss v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907 – Rn. 37](#)). Wiederum einen Tag danach setzte der Freistaat Bayern die vorgenannte Verordnung durch die Elfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung ([11. BayIfSMV](#)) außer Kraft. § 3 11. BayIfSMV (Nächtliche Ausgangssperre) ordnet nunmehr eine landesweite Ausgangsbeschränkung in der Zeit von 21 bis 5 Uhr an, ohne dass hierfür ein bestimmter Inzidenzwert erreicht werden muss. In der Verordnungsbegründung heißt es unter Bezugnahme des Beschlusses des *BayVGH*, dieser habe bestätigt, „dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen bei Vorliegen sehr hoher Inzidenzen verhältnismäßig sind“ (vgl. [Begründung 11. BayIfSMV](#)). Hier zeigte sich eine durchweg zirkelschlüssige und widersprüchliche Argumentation und Inbezugnahme. Auch wenn der Freistaat Bayern am 13. Dezember 2020 eine Inzidenz von [200,2](#) Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern erreichte, ist diese Tatsache nicht geeignet, eine landesweite, inzidenzunabhängige Ausgangsbeschränkung anzuordnen. Denn nach dem Beschluss der Bundeskanzlerin und den Regierenden der Länder sollen Ausgangsbeschränkungen nach der *Hotspotstrategie* in bestimmten Regionen als lokale Maßnahme angewendet werden. Mithin missachtet eine landesweite Ausgangsbeschränkung diese Vorgaben und wird dem aktuellen Infektionsgeschehen nicht gerecht. Erst recht kann diese Maßnahme nicht mit einem Beschluss des *BayVGH* begründet werden, dem eine Verordnungsregelung mit Vorbehalt einer Schwellenwertüberschreitung zu Grunde lag. Daran zeigt sich, zu welchen willkürlich angeordneten Maßnahmen es kommt, wenn der Gesetzgeber keine engen Voraussetzungen hierfür festlegt. Aus diesem Grund ist eine Präzisierung des § 28a Abs. 2 IfSG dringend angezeigt.

**Zitiervorschlag:** Yannik Hofmann, Wider die Freiheit, JuWissBlog Nr. 144/2020 v. 18.12.2020, <https://www.juwiss.de/144-2020/>



*Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz](#).*

